



PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://repository.ubn.ru.nl/handle/2066/127183>

Please be advised that this information was generated on 2017-03-10 and may be subject to change.

NIJMEGEN SOCIOLOGY OF LAW WORKING PAPERS SERIES



2014/02

Anita Böcker &
Alex Jettinghoff

Meester in eigen huis
Over rivaliteit in de trias

The Institute for Sociology of Law is part of the Law Faculty of the Radboud University Nijmegen. It has a long tradition of empirical research in the area of law and society. Special focuses are the legal professions, food safety regulation, migration law and anti-discrimination law. The researchers at the Institute have different disciplinary backgrounds (including law, sociology, anthropology, development studies, Middle Eastern studies) and much of their research is interdisciplinary.

The Nijmegen Sociology of Law Working Paper Series provides a vehicle for staff members, PhD students and fellows to rapidly disseminate their research results.

ISSN 2212-7844

Nijmegen Sociology of Law Working Papers Series 2014/02

Faculty of Law
Radboud University Nijmegen
P.O. Box 9049
6500 KK Nijmegen
The Netherlands

Editors Dr. Tetty Havinga, t.havinga@jur.ru.nl
 Jos Hoevenaars MSc
 Dr. Anita Böcker

Lay-out Hannie van de Put

Cover photo Erik van 't Hullenaar

© 2014, Anita Böcker, Alex Jettinghoff

url: www.ru.nl/rechten/SociologyofLawWorkingPapers

MEESTER IN EIGEN HUIS

Over rivaliteit in de trias

Abstract

This paper focuses, firstly, on the slow and piecemeal development of administrative justice in the Netherlands. For a long time, the division of competences between the judiciary and the administration was such that disputes between citizens and administrators about the latter's decisions were not heard by independent courts. The second part of the paper focuses on the tendency in administrative law to delegate lawmaking powers to the administration and the failed development of judiciary review of the resulting administrative regulations and policy rules. The case of Dutch aliens' law is used as an illustration.

Keywords

Administrative justice; judicial review; aliens law; administrative lawmaking

Anita Böcker en Alex Jettinghoff*

1. Inleiding

In zijn historische schets van het bestuursrecht wijst Van der Hoeven op de weerstand van de ambtelijke bureaucratie tegen juridisering van hun verhouding met de 'geadministreerden'.¹ Om op de volgende pagina te vervolgen: 'De bureaucratie kon tot rechtvaardiging van deze tegenzin een heel scala van argumenten aanvoeren, variërend van uiterst principiële tot financiële, van argumenten van deskundigheid tot die van de vlotte voortgang van het ambtelijk werk, maar het kwam er alles op neer, dat zij met rust gelaten wilde worden, ten dienste uiteraard van haar zegenrijke arbeid.' Dat is een zeer intrigerende constatering, die ons inspireerde om op zoek te gaan naar enkele saillante voorbeelden van deze bestuurlijke impuls, waarbij we ons beperken tot juridisering zijdens de rechter en de wetgever.

2. Rechter in eigen zaak

De rechtsbeschermingsvoorzieningen in het Nederlandse bestuursrecht kunnen beschouwd worden als een element van wat in de rechtssociologie wel heet

* Dit paper is eerder gepubliceerd in K. Groenendijk et al., *Issues that Matter. Mensenrechten, minderheden en migranten. Liber amicorum voor prof. mr. R. Fernhout*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, p. 247-255.

1 J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samson 1984, p. 18.

onze 'rechtspraak mijdende rechtscultuur'.² Terwijl in landen als Duitsland en Frankrijk al in de negentiende eeuw algemene voorzieningen bestonden voor bestuursrechtspraak, gebeurde dat in ons land pas tegen het eind van de twintigste eeuw. Tot die tijd was men voor een belangrijk deel aangewezen op administratief beroep, dat wil zeggen op het oordeel van een ander (hoger) bestuursorgaan.³ Dat kwam er in feite op neer dat het bestuur rechter in eigen zaak was.

Deze geschiedenis had er mogelijk anders uitgezien als de wetsvoorstellen met betrekking tot het invoeren van een algemene administratieve rechtspraak, die de toenmalige minister van Justitie J.A. Loeff in 1905 bij het Parlement indiende, waren aanvaard. Het mislukken van dit wetgevingsproject is een van de intrigerende hoofdstukken uit de geschiedenis van het bestuursrecht.⁴ Sommige van Loeffs voorstellen doen op het eerste gezicht zo modern aan dat men zich afvraagt of ze in de tijd waarin ze gedaan werden een serieuze kans van slagen hadden.

Soms valt het accent in de verklaring van de carrière van de ontwerpen Loeff zwaar op de opvattingen die naar voren kwamen in het discours in de staatsrechtsgeleerde gemeenschap van die tijd. In de jaren 1880 werd over deze kwestie een debat gestart, waarin de Leidse hoogleraar T. Buys een toonaangevend pleitbezorger van administratieve rechtspraak was.⁵ Hij stond op het standpunt dat in een rechtsstaat in publiekrechtelijke geschillen niet door de administratie mocht worden beslist. Zijn uitwerking van deze these is niet zo radicaal als het lijkt, vanwege zijn wens zoveel mogelijk aan te sluiten bij de reeds bestaande voorzieningen. Administratieve rechtspraak kon niet aan de gewone burgerlijke rechter worden opgedragen, want die was terzake ondeskundig, een procedure daar duur en de lijdelijkheid van deze rechter ongewenst. Ook de Hoge Raad als hoogste ressort was om dergelijke redenen ongeschikt. Zijn voorkeur ging ook op praktische gronden uit naar de afdeling geschillen van bestuur van de Raad van State. In eerste aanleg konden Gedeputeerde Staten daarmee worden belast. Wat zijn materiële competentie betreft had volgens Buys de administratieve rechter er alleen voor te waken dat de administratie zich aan de wet zou houden. De rechter kon dus alleen over de wetmatigheid van het administratief handelen oordelen en niet over de

2 E. Blankenburg, 'Patterns of Legal Culture: The Netherlands Compared to Neighboring Germany', *The American Journal of Comparative Law* 1998, Vol. 46, p. 1-41.

3 N. Verhey, 'Afscheid van het administratief beroep', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2007, nr. 40, p. 307-308.

4 Zie naast oudere handboeken, met name R. Pieterman, *De plaats van de rechter in Nederland 1813-1920*, Arnhem: Gouda Quint 1990.

5 W.G. Vegting, *Het algemeen Nederlands administratiefrecht*, dl. II, Alphen aan den Rijn: Samson 1957, p. 375.

doelmatigheid ervan. De wet zou naar zijn opvatting de categorieën geschillen moeten opsommen die voor behandeling door de administratieve rechter in aanmerking kwamen.

Over de wenselijkheid van administratieve rechtspraak waren de meeste rechtsgeleerden het wel eens, maar de nadere uitwerking ervan leidde niet tot consensus over de te prefereren oplossing. Ook de Staatscommissie Kappeyne van de Coppello (waarvan Buys overigens lid was) bleek met haar voorstellen niet voor consensus te kunnen zorgen en de gedane voorstellen bleven op de plank geparkeerd.

Toen Loeff in 1901 als minister van Justitie van het kabinet-Kuyper aantrad, had hij ambities met betrekking tot dit heikele dossier, aangezien zijn dissertatie (Publiekrecht tegenover privaatrecht, 1887) handelde over deze thematiek. Hij had daarin een eigen positie ontwikkeld die met name in zijn organisatorische uitwerking nogal radicaal was. Volgens de voorstellen van Loeff kon de administratieve rechtspraak aan de gewone rechter worden opgedragen. Aan deze rechterlijke instanties werd daartoe gewoon een extra kamer toegevoegd.

De behandeling van de wetsvoorstellen verzandde na het vertrek van Loeff. Vervolgens wordt A.A.H. Struycken meestal opgevoerd als de Nemesis van de ontwerpen-Loeff, omdat hij in 1910 daarop de 'fatale' aanval opent (in zijn 'Administratie of rechter'). Hij ontpopt zich als een voorstander van het administratief beroep, omdat het niet beperkt is tot wetmatigheidstoetsing en de burger dus meer te bieden heeft. Exit de ontwerpen-Loeff.

In een dergelijk relaas is vooral de botsing van grote mannen met dito ideeën de motor der ontwikkelingen. Er is nog een andere reconstructie mogelijk, waarin bestuurlijk Nederland meer op de voorgrond treedt. Er zijn aanwijzingen dat men in bestuurlijke kring vond dat Loeff veel te solistisch opereerde. Men lijkt ervoor beducht te zijn geweest dat met aanvaarding van zijn voorstellen de controle over de ontwikkeling op dit gebied verloren zou worden. In het Advies Raad van State werd er pittig gereageerd op Loeffs aanpak, waarbij hij Buys, de Staatscommissie en de verdeelde opinio iuris een eervolle vermelding had gegeven en vervolgens geheel zijn eigen weg was gegaan:

'Aan die methode, waarop naar het voorkomt, althans voor het verslag der Staatscommissie eene uitzondering behoorde te zijn gemaakt, ontleenen de met bekwame hand saamgestelde en toegelichte Ministerieele ontwerpen noodwendig een karakter van eenzijdigheid, zodat twijfel ontstaat, of bij de vaak met veel overtuiging voorgedragen bepalingen wel voldoende met de

*bezwaren, welke zij in de practijk dreigen op te leveren, is rekening gehouden.*⁶

De Raad bleek (evenals Buys) meer een voorstander van een enumeratiemethode en beval aanpassing in die zin aan. Daarvoor had Loeff nauwelijks de gelegenheid als hij daar al toe geneigd zou zijn geweest. Hij maakte zijn voorstellen in 1905 aanhangig, vlak voor zijn vertrek als minister. Het voortbestaan van zijn voorstellen was dus afhankelijk van zijn ambtsopvolgers en vooral ook van de loyaliteit van het departement. De vraag is of Loeff daarvoor voldoende oog heeft gehad. Loeff, oorspronkelijk advocaat te Den Bosch, had namelijk een bevriende geestverwant, Suyling, rechter (!) te Den Bosch, als raadadviseur op zijn ministerie aangetrokken om zijn ideeën tot een wetvoorstel om te zetten. Het parachuterend van een buitenstaander is vanouds een trefzekere manier om de departementale top tegen de haren in te strijken. De lezer van nu komen telkens flitsen van Yes, Minister voor ogen (Hacker: 'Zeg Humphry, ik heb een idee...'; Appleby: 'Oh nee Minister, dat is uiterst gevaarlijk!'). Ze zullen na zijn vertrek over de verdere lotgevallen van Loeffs voorstellen vermoedelijk niet veel hartzeer hebben gehad. De parlementaire behandeling van de voorstellen werd onder Loeffs opvolger Regout volgens de regelen der kunst gedifficulteerd met praktische problemen:

*'overleg met andere departementen, aanpassingen in andere wetten, enkele noodzakelijk bevonden invoeringswetten en een nadere uitwerking en aanpassing van Loeffs ontwerpen.'*⁷

Alleen parlementair enthousiasme over de voorstellen had ze nog kunnen redden, maar ook dat bleef achterwege. Waarschijnlijk had Vegting gelijk met zijn stelling, dat ook zonder de interventie van Struycken de ontwerpen het staatsblad niet zouden hebben gehaald.⁸ Het was een gedoemd project.

Intussen was de ontwikkeling van de rechtsbescherming met de (door notabene Loeff door het parlement geloodste) Beroepswet van 1902 een richting ingeslagen die uiteindelijk zou leiden tot het doolhof van instanties dat Konijnenbelt in 1992 aan zijn studenten, die hij voorbereidde op de veranderingen die de Awb zou brengen, toch nog probeerde uit te leggen.⁹

6 *Handelingen der Staten Generaal*, Bijlagen 1905-1906, 63-2, p. 2.

7 Pieterman 1990, p. 176 e.v. In 1937 werden de wetsvoorstellen officieel ingetrokken.

8 Vegting 1957, p. 390.

9 W. Konijnenbelt, *Résumé, hoofdlijnen van administratief recht in het perspectief van de Algemene wet bestuursrecht*, Utrecht: Lemma 1988.

- a. in de eerste plaats was er het (intussen in ongenade gevallen) administratief beroep;
- b. dan was er een veelheid aan administratieve rechters met een specifieke competentie, zoals de sociale-verzekeringsrechtspraak, de ambtenaren-rechtspraak, de economische rechtspraak, de belastingrechtspraak, enzovoorts;
- c. voorts was er nog de Afdeling rechtspraak van de Raad van State en
- d. tenslotte de burgerlijke rechter voor de kwesties die elders buiten de boot vielen.

Dit hele bouwwerk kwam in 1985 op een onverwachte manier aan het wankelen. Albert Benthem, garagehouder in Noordwolde, kwam in zakelijke moeilijkheden toen zijn vergunning (uit 1976) voor de installatie van een LPG-pomp door de inspecteur van milieuhygiëne (in 1979) werd aangevochten middels beroep op de Kroon. Niet Benthem maar Polygas, de gasleverancier van Benthem en vele anderen in de regio, schakelde advocaat Niels Koeman in, die niet kon voorkomen dat het kroonberoep werd verloren. Bij de vraag van Polygas of er nog wat aan de kwestie te doen zou zijn, herinnerde Koeman zich een artikel van G.J. Wiarda waarin de mogelijkheid werd geopperd dat in sommige gevallen het Kroonberoep wel eens in strijd zou kunnen zijn met art. 6 van het EVRM.¹⁰ Men besloot het er op te wagen en na een aanvankelijke nederlaag (in 1983) bij de toenmalige gatekeeper van het Hof (de Commissie) werd de zaak (in 1985) gewonnen bij het voltallige Hof. Kroonberoep kon volgens het Hof in gevallen als deze niet worden aangemerkt als een onpartijdige en onafhankelijke rechter. Voor Benthem kwam het allemaal veel te laat, maar in bestuurlijk Nederland sloeg de uitspraak in als een bom: er zou nu echt iets moeten gebeuren aan het bestuurs(proces)recht. Waarschijnlijk had men, als de noodzaak tot verandering niet door een dergelijke supranationale interventie grote politieke urgentie had gekregen, nog best een tijd met het bestaande stelsel kunnen door dieselen.

Liefhebbers van virtuele geschiedenis kunnen zich afvragen wat er gebeurd zou zijn wanneer de ontwerpen Loeff zouden zijn aangenomen. Gezien de ervaringen in het buitenland valt op voorhand niet in te zien waarom er zich binnen een overzichtelijker stelsel van bestuursrechtspraak niet een werkbare praktijk had kunnen ontwikkelen. De verandering was toen ook niet zo kostbaar geweest als de veelomvattende operatie van later. Of er dan charmanter met de rechtspraak in vreemdelingenzaken zou zijn omgesprongen is een andere kwestie.

10 Jubileumboek 100 jaar Stibbe, *Het is anders*, Den Bosch: Storytelling Company 2011, p. 80 e.v.

3. Wetgever in eigen zaak

Met de invoering van de Awb kreeg de bestuursrechter de algemene bevoegdheid om over besluiten van bestuursorganen te oordelen. De Awb maakt echter nog steeds een uitzondering voor besluiten 'inhoudende een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel'.¹¹ Als het om rechtsbescherming tegen regels gaat blijven wij 'de Chinezen van Europa'.¹² Pogingen om de rechtsmacht van de bestuursrechter uit te breiden tot daden van (bestuurs)wetgeving zijn door bestuurlijk Nederland vakkundig onschadelijk gemaakt.

In de aanloop naar de Awb was er even sprake van om ook rechtstreeks bestuursrechtelijk beroep tegen algemeen verbindende voorschriften (avv) en beleidsregels mogelijk te maken. Eind jaren tachtig leek hier in kringen van rechtswetenschappers wel draagvlak voor te bestaan. De Nederlandse Juristen-Vereniging (NJV) wijdde in 1987 haar jaarvergadering aan het thema 'onrechtmatige wetgeving'. In hun preadviezen kwamen hoogleraar Van Buuren en advocaat (J.E.M.) Polak beiden tot de conclusie dat er goede argumenten waren om beroep op de bestuursrechter mogelijk te maken tegen avv. De algemene vergadering van de NJV stemde in overgrote meerderheid met deze conclusie in.¹³ In 1993 bleek ook een ruime meerderheid van de Tweede Kamer voor invoering van een dergelijke mogelijkheid, vijf jaar na de inwerking-treding van de Awb.¹⁴ Vijf jaar later echter ging de Kamer akkoord met een wetsvoorstel waarin de openstelling van rechtstreeks beroep tegen avv en beleidsregels werd uitgesteld tot 'een bij wet te bepalen tijdstip'.¹⁵ Zoals te verwachten viel is dit uitstel uitgemond in afstel: in de op 1 januari 2013 in wer-

11 Het huidige artikel 8:3.

12 Aldus Eerste-Kamerlid Jurgens (PvdA) tijdens de behandeling van het zogenaamde 'uitstelwetje', *Handelingen I* 15 december 1998, p. 13-357. Zie ook H.M.Th.D. ten Napel, 'Parlementaire invloed op de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 57-72; Schuurmans & Voermans 2010.

13 P.J.J. van Buuren, 'Onrechtmatige wetgeving', in: *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging*, jrg. 117, deel 1, tweede stuk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 1-100, p. 92 e.v.; J.E.M. Polak, 'Onrechtmatige wetgeving', in: *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging*, jrg. 117, deel 1, tweede stuk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 101-194, p. 187 e.v.; NJV, 'Verslag van de op 12 juni 1987 te Amsterdam gehouden algemene vergadering', in: *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging*, jrg. 117, deel 2, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 62.

14 Bij amendement Jurgens-Biesheuvel legde de Kamer als overgangsbepaling vast dat vijf jaar na de inwerkingtreding van de Awb ook rechtstreeks beroep zou openstaan tegen avv en beleidsregels, *Kamerstukken II* 1992-1993, 22 495, nr. 19. Deze bepaling werd toegevoegd als artikel IVA van onderdeel 6 van de Wet voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie, *Stb.* 1993, 650.

15 Het zogenaamde 'uitstelwetje', *Stb.* 1998, 738.

king getreden Wet aanpassing bestuursprocesrecht is het overgangsartikel geheel geschrapt.¹⁶

Van Buuren constateerde in zijn preadvies al dat de regering herhaaldelijk een rookgordijn had opgetrokken, met ‘argumenten, die wel geschikt zijn om kamerleden te overtuigen, maar overigens weinig waarde hebben’.¹⁷ Die constatering is onverminderd geldig gebleven.¹⁸ Evenzeer geldig gebleven is de centrale stelling in Van Buurens preadvies. Die houdt in dat het idee dat wetgeving eigenlijk niet onrechtmatig kan zijn – een idee dat de commissie-De Monchy in 1950 wettelijk had willen vastleggen, waarmee ook een beroep bij de civiele rechter uitgesloten zou zijn geweest¹⁹ – is gebaseerd op een wetsbegrip en machtscheidingleer die niet meer van deze tijd zijn.

Wetgeving in de sociale rechtsstaat is, zoals in De Haan/Drupsteen/Fernhout uiteen wordt gezet, vooral een middel voor beleid. Het parlement is vaker niet dan wel medewetgever. De taak van de formele wetgever is meestal beperkt tot het bieden van een juridische grondslag voor door bestuursorganen vast te stellen gedelegeerde wetgeving en beleidsregels. In hun afwijzing van het bestuursrechtelijk beroep tegen regels gingen opeenvolgende kabinetten en bewindslieden grotendeels aan deze veranderde rolverdeling tussen bestuur en wetgever voorbij. In de notitie *Rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels bij de bestuursrechter* uit 1997 werd bijvoorbeeld gewezen op de toen heersende discussie over juridisering van het openbaar bestuur:

‘In deze discussie wordt ook gewezen op het openstellen van de beroepsmogelijkheid tegen avv’s bij de bestuursrechter. [...] Gevreesd wordt dat hiermee de juridisering juist zou worden versterkt, omdat het risico van uitholling van de politieke democratie groter zou worden waar avv’s bij uitstek de weerslag vormen van politieke afwegingen.’²⁰

Deze en andere argumenten – waaronder het argument dat de bestuursrechter overbelast zou raken – lijken, om nogmaals Van der Hoeven aan te halen, vooral ook ingegeven door ‘de zorg de bewegingsvrijheid van de bestuursor-

16 *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 450, nr. 3, p. 41; *Stb.* 2012, 682.

17 Van Buuren 1987, p. 97.

18 Zie Y.E. Schuurmans & W.J.M. Voermans, ‘Artikel 8:2 Awb: weg ermeel!’, in: T. Barkhuyzen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 809-831.

19 Art. 2 van het wetsontwerp ODOL (onrechtmatige daden overheidslichamen) van de Commissie van advies inzake verhoogde rechtsbescherming bepaalde dat een regeling van algemene strekking ‘niet een daad in de zin van deze wet’ zou zijn. Zie Polak 1987, p. 114.

20 *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 383, nr. 1, p. 31.

ganen zo min mogelijk te hinderen'.²¹ Kamerlid Van Wijnen (CDA) sprak van een 'oratio pro domo'.²² Het kabinet kwam er niettemin mee weg. Het rechtstreeks beroep tegen avv en beleidsregels lijkt definitief van de baan.

Resumerend: behalve dat het bestuur lange tijd rechter in eigen zaak was, is het steeds meer wetgever in eigen zaak geworden.²³ In de negentiende eeuw is er nog wel enige strijd gevoerd over het delegeren van regelgevende bevoegdheid. 'Waar [...] de parlementaire macht ten opzichte van de Koning nog bevochten moest worden was het begrijpelijk dat die macht niet zomaar weer aan diezelfde Koning afgestaan mocht worden.'²⁴ In de twintigste eeuw raakte delegatie steeds meer geaccepteerd. Ter verklaring wordt meestal op de overgang van liberale naar sociale rechtsstaat (de daarmee gepaarde gaande uitbreiding van overheidsactiviteiten) gewezen. In de handboeken staats- en bestuursrecht worden steevast drie redenen voor delegatie genoemd: flexibiliteit (de sturende overheid moet op veranderende maatschappelijke verhoudingen kunnen reageren); slagvaardigheid (de sturende overheid moet ook snel kunnen reageren); en ontlasting van de parlementaire wetgever (het zou zowel ondoenlijk als zinloos zijn om alle door de overheid uit te vaardigen regels mede door het parlement te laten vaststellen; het zou bovendien ten koste gaan van andere belangrijke taken van de volksvertegenwoordiging).²⁵ Alle drie zijn het bestuurlijke, geen principiële of juridische redenen, en met name bij de derde kan men zich afvragen of aan het niet-betrekken van het parlement in het wetgevingsproces wellicht ook 'overwegingen van bestuurlijk gerief' ten grondslag liggen. De commissie-Polak, die zich in de jaren 1980 over het gebruik van verschillende vormen van gedelegeerde wetgeving en beleidsregels bij de centrale overheid boog, achtte dit laatste 'bepaald niet onmogelijk':

21 J. van der Hoeven, 'Bestuur en rechter', in: *Recht op scherp. Beschouwingen over handhaving van publiekrecht aangeboden aan prof.mr. W. Duk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 307-316, p. 313.

22 *Kamerstukken II 1998-1999*, 25 383, nr. 2, p. 2.

23 M. Scheltema, 'Bestuursrecht: Is het bestuur wetgever in eigen zaak?', in: W.F. de Gaay Fortman (red.), *Problemen van wetgeving*, Deventer: Kluwer 1982, p. 131-143, p. 134, constateerde ruim dertig jaar geleden al: 'Bestuursorganen zijn tegenwoordig vaak zozeer betrokken bij het vaststellen van rechtsregels, dat zij wetgever in eigen zaak dreigen te worden.'

24 Aldus J.M.E. Derks, *De Grondwet en delegatie. Het delegatievraagstuk in constitutioneel perspectief*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1995, p. 79.

25 Zie voor een uitvoeriger bespreking: A. Böcker, 'Algemene overwegingen voor en tegen gelaagde regelgeving', in: A. Böcker & A.B. Terlouw (red.), *De gelaagdheid van de vreemdelingenregelgeving in historisch en vergelijkend perspectief*, Deventer: Kluwer 2013, p. 13-36, p. 26 e.v.

‘Het [...] scheelt de ontwerpers van regelingen immers dikwijls veel moeite en energie omdat een arbeidsintensieve en moeizame fase in het wetgevingsproces kan worden overgeslagen. Bovendien verleent het hun enig uitstel voor het ontwerpen van een (nadere) regeling, omtrent de inhoud waarvan wellicht nog niet of nauwelijks ideeën bestaan, maar slechts het vage gevoel dat het wellicht nuttig zou zijn voor de toekomst om te beschikken over een delegatie van regelgevende bevoegdheid.’²⁶

De casus van de vreemdelingenregelgeving is bijzonder illustratief. De eerste Nederlandse Vreemdelingenwet, van 1849, heeft eigenlijk amper als basis voor het vreemdelingenbeleid gediend, maar bleef wel tot 1967 van kracht. Al in 1851 werd het in deze wet geregelde stelsel van reis- en verblijfspassen ondergraven door een circulaire van minister van Justitie Nedermeijer van Rosenthal, waarin opdracht werd gegeven om geen passen te verstrekken aan reizende muzikanten. Latere circulaire breidden deze opdracht uit tot andere categorieën vreemdelingen en in de jaren 1860 werd aan geen enkele vreemdeling meer een reis- en verblijfspas uitgereikt. Dat betekende volgens Swart dat alle in Nederland verblijvende vreemdelingen in beginsel als niet toegelaten in de zin van de wet golden, waarmee bijvoorbeeld ook de bepaling dat toegelaten vreemdelingen die niet meer over voldoende bestaansmiddelen beschikten alleen op bevel van de kantonrechter konden worden verwijderd haar betekenis verloor.²⁷ In de plaats van deze en andere in de wet neergelegde waarborgen eigende de minister van Justitie zich in de jaren 1920 in bepaalde gevallen de bevoegdheid tot weigering van het verblijf en tot uitzetting toe. Al in de jaren 1920 en 1930 nam binnen en buiten het parlement de roep om nieuwe wetgeving toe. Toch zou het ook na 1945 nog twintig jaar duren voordat die tot stand kwam. Uit Swarts geschiedschrijving kan worden opgemaakt dat overwegingen van bestuurlijk gerief weer een zekere rol speelden:

‘Opeenvolgende ministers van justitie voelden tot een herziening van het vreemdelingenrecht slechts weinig aandrang omdat de bestaande situatie toch minder onbevredigend zou zijn dan door critici wel werd beweerd. Als argument voor het uitblijven van wetsvoorstellen werd ook wel aangevoerd de na de oorlog wisselende omstandigheden en de snelle toename van internationale overeenkomsten, waarvan de gevolgen voor een nieuwe wetgeving op korte termijn niet in voldoende mate zouden zijn te overzien. In latere jaren wenste

26 Commissie-Polak, *Interim-rapport*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1982, p. 15.

27 A.H.J. Swart, *De toelating en uitzetting van vreemdelingen*, Kluwer: Deventer 1978, p. 11-12.

men ook af te wachten welke voorstellen de commissie-De Monchy zou doen aangaande een verhoogde rechtsbescherming tegen beslissingen van de overheid'.²⁸

Pas in 1963 werd een wetsvoorstel ingediend. Volgens de memorie van toelichting moest de nieuwe wet de rechtszekerheid vergroten; de legaliteit moest worden hersteld; het beleid moest een duidelijke en deugdelijke basis in de wet krijgen. Daartoe bestond het wetsvoorstel paradoxaal genoeg vooral uit delegatiebepalingen en 'kan-bepalingen'. Roel Fernhout omschreef de wet van 1965 als 'het summum van lege kaderwetgeving, met de nadruk op lege, want de wet bood eigenlijk zelfs geen kader'.²⁹ Zo werd echter voorkomen dat het de wet net als zijn voorganger zou vergaan, die al snel niet meer bij de veranderde omstandigheden paste:

'De in 1965 gekozen opzet voor de Vreemdelingenwet heeft het evenwel mogelijk gemaakt het vreemdelingenbeleid in de daarop volgende jaren aan te passen aan de stormachtige ontwikkelingen en het fundamenteel gewijzigde karakter van het vreemdelingenverkeer',

aldus de toelichting bij het latere wetsvoorstel Algehele herziening Vreemdelingenwet.³⁰ Ook de huidige wet, de Vreemdelingenwet 2000, is grotendeels een kaderwet. Tekenend is bijvoorbeeld dat over de rechten van EU-burgers en hun familieleden eigenlijk niets in de wet zelf te vinden is.³¹

Behalve dat het bestuur grotendeels zelf de regels vaststelt, hield het een deel van die regels lange tijd geheim. Beleidsregels waren van oorsprong interne instructies aan ambtenaren over het beleid dat bij de uitoefening van ruim geformuleerde bestuursbevoegdheden moest worden gevolgd. De meeste bestuursorganen zijn er gaandeweg toe overgegaan om deze beleidsregels openbaar te maken. Zo hoeft niet ieder besluit apart te worden gemotiveerd (een verwijzing naar een beleidsregel volstaat) en kan het gedrag van burgers worden gestuurd (voorkomen wordt bijvoorbeeld dat het bestuursorgaan talloze aanvragen krijgt die niet voor honorering in aanmerking komen). Het be-

28 Swart 1978, p. 14.

29 Zie A. Böcker & A.B. Terlouw (red.), *De gelaagdheid van de vreemdelingenregelgeving in historisch en vergelijkend perspectief*, Deventer: Kluwer 2013, p. 102.

30 *Kamerstukken II 1988-1989*, 21 018, nr. 3, p. 2.

31 Uit art. 112 moeten EU-burgers eventueel maar opmaken dat hun rechtspositie in gedelegeerde wetgeving is geregeld: 'Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen, ter uitvoering van een verdrag, dan wel van een voor Nederland verbindend besluit van een volkenrechtelijke organisatie regels worden gesteld in verband met het rechtmatig verblijf van vreemdelingen, waarbij ten gunste van deze vreemdelingen kan worden afgeweken van deze wet.'

stuursorgaan kan dan echter ook zelf aan zijn beleidsregels worden gebonden. De bestuursorganen die voor de Vreemdelingenwet verantwoordelijk waren gingen met grote tegenzin tot bekendmaking van hun beleid over. Vanuit de Kamer werd vanaf eind jaren 1960 herhaaldelijk aangedrongen op openbaarmaking van het geheel aan beleidsregels, dat vanaf 1968 in één circulaire, de Vreemdelingencirculaire (Vc), bijeen was gebracht. De verantwoordelijke bewindslieden antwoordden steeds dat de circulaire uitsluitend voor ambtelijk gebruik was opgesteld en dat het nutteloos zou zijn om haar op grotere schaal te verspreiden. Nadat Kees Groenendijk in 1973 in een artikel in het *NJB* had aangetoond dat advocaten van vreemdelingen er wel degelijk belang bij hadden de inhoud van de circulaire te kennen, wilde toenmalig staatssecretaris Glastra van Loon wel toegeven dat de Vc passages bevatte die de rechtspositie van de vreemdeling raakten, maar hij wilde haar eerst herschrijven alvorens haar te publiceren. Dat herschrijven nam vervolgens nog negen jaar in beslag. Pas in 1982 was het herschrijven afgerond en werd de Vc voor een ieder tegen betaling verkrijgbaar gesteld.³²

Op de vraag wat het lange uitstel van de openbaarmaking van de Vc zegt over de controlerende macht van het parlement gaan we hier niet verder in. De afgelopen decennia is het wel gebruik geworden dat over belangrijke beleidswijzigingen met de Kamer, althans met de vaste Kamercommissie, wordt overlegd. Dat neemt niet weg dat de inbreng van de Kamer bij beleidsregels en bij gedelegeerde wetgeving (soms meer nog dan bij beleidsregels) veel beperkter is dan bij wetgeving in formele zin. Niet alleen het parlement heeft veel minder in te brengen: door het ontbreken van een uitgebreide openbare behandeling hebben ook anderen (belangenorganisaties, rechtswetenschappers) veel minder mogelijkheden om op de hoogte te raken en hun stem te laten horen. In een recent onderzoek zagen veel respondenten van buiten de overheid dit als een belangrijk bezwaar van het omvangrijke gebruik van gedelegeerde wetgeving en beleidsregels als instrumenten van het vreemdelingenbeleid. Waar de geïnterviewde ambtenaren over het belang van slagvaardigheid en flexibiliteit spraken, veronderstelden niet-overheidsrespondenten dat het bestuur (vooral) ook graag de handen vrij houdt.³³

32 Zie voor een uitvoeriger beschrijving: A. Terlouw, 'Historische analyse: parlementaire debatten', in: A. Böcker & A.B. Terlouw (red.), *De gelaagdheid van de vreemdelingenreggeving in historisch en vergelijkend perspectief*, Deventer: Kluwer 2013, p. 37-62, p. 42-46.

33 Böcker & Terlouw 2013, p. 103 e.v.

4. Slot

De bestuurlijke impuls om zoveel mogelijk armslag te houden – armslag tegenover de (parlementaire) wetgever aan de ene en de rechter aan de andere kant – lijkt van structurele aard. Hij stoelt op de wens om effectief te zijn, om nu eindelijk eens daadwerkelijk door te pakken met de sociale woningbouw, uitkeringsfraude, drugshandel of mensensmokkel. De tussenkomst van wetgever of rechter is dan al snel storend. De mogelijke gevolgen voor de rechtsbescherming van burgers en voor hun perceptie van de parlementaire democratie blijven in dat perspectief geheel buiten beschouwing.